

JUAN FERNANDO CÓRDOBA MARENTES

EL DERECHO DE AUTOR Y SUS LÍMITES

**Los fundamentos del derecho de autor y su incidencia
en la determinación de excepciones y limitaciones
a la luz de la “regla de los tres pasos”**



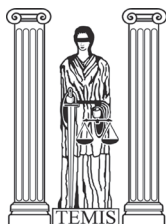
Universidad de
La Sabana

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

JUAN FERNANDO CÓRDOBA MARENTES

EL DERECHO DE AUTOR Y SUS LÍMITES

Los fundamentos del derecho de autor y su incidencia
en la determinación de excepciones y limitaciones
a la luz de la “regla de los tres pasos”



EDITORIAL TEMIS S. A.



Universidad de
La Sabana

Bogotá - Colombia
2015



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Juan Fernando Córdoba Marentes, 2015.

© Editorial Temis S. A., 2015.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

© Universidad de la Sabana

Dirección de publicaciones

Campus del puente del común

Km 7 autopista norte de Bogotá

Tel. (57-1) 861 55 55 ext. 45001

www.unisabana.edu.co

publicaciones@unisabana.edu.co

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Editorial Nomos S. A.

Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1046-5

2785 20150023000

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
BIRPI	Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual.
TODA	Tratado OMPI sobre Derecho de Autor.
TOIEF	Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas.
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG
Agradecimientos.....	XIII
Introducción.....	1

CAPÍTULO I

LOS INTENTOS HISTÓRICOS POR DEFINIR LA NATURALEZA DE LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL DERECHO DE AUTOR

1. “Copyright” o por qué la Inglaterra de la reina Ana precisó de un estatuto	13
2. “La energía del interés y el fuego del ingenio”: los caminos del <i>copyright</i> en Estados Unidos de Norteamérica.....	18
3. “La más sagrada y personal de las propiedades”: la caracterización y desarrollo del “droit d’auteur” <i>francés</i>	21
4. La metafísica del derecho de autor: fundamento natural e interés público en el sistema autoral alemán.....	27
5. Tras una protección más allá de las fronteras: la internacionalización del derecho de autor	32
6. Recapitulación	37

CAPÍTULO II

CREACIÓN INTELECTUAL Y ACERVO COMÚN: LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO DE AUTOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN

1. Entre el “copyright” y el “droit d’auteur”: dificultades para definir la naturaleza del derecho de autor.....	39
2. “Quid ius auctore”: los bienes humanos básicos que fundamentan el derecho de autor	42
3. Título y medida del derecho de autor.....	46
4. Lo “propio” del autor y su relación con el acervo común.....	49
5. La relación jurídica autoral y el derecho de autor como derecho subjetivo	54
6. La personalidad del creador y su protección por el derecho de autor	56
7. El derecho de autor como derecho humano	59
8. La mutación del derecho de autor: anotaciones sobre el derecho del titular derivado.....	66
9. Recapitulación	69

CAPÍTULO III

**“IURA IN OPERE ALIENA”: REVISIÓN A LA NATURALEZA
DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR**

	PÁG
1. Presupuestos iniciales para una revisión de la naturaleza de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.....	71
2. Justificación de las limitaciones al derecho de autor.....	73
3. El debate sobre la naturaleza jurídica del “ <i>fair use</i> ” del “ <i>copyright</i> ” estadounidense.....	77
4. Las excepciones como intereses en el sistema latino-germánico.....	83
5. La insuficiencia de la caracterización de las limitaciones al derecho de autor a la luz de criterios estrictamente positivos.....	87
6. Una revisión al fundamento, título y medida de algunas excepciones y limitaciones	92
A) Cita	93
B) Las excepciones relacionadas con fines educativos	97
C) La excepción de copia privada	101
7. “ <i>Iura in opere aliena</i> ”: elementos para una definición de la naturaleza jurídica de las excepciones y limitaciones	103

CAPÍTULO IV

**UNA REGLA PARA MEDIR EL DERECHO DE AUTOR:
LA INTRODUCCIÓN DEL “THREE-STEP TEST”
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

1. Planteamiento	109
2. La adopción del “three-step test” en el Convenio de Berna.....	110
3. La extensión del test al comercio internacional: ADPIC	117
4. El Tratado OMPI para el derecho de autor y el test para la determinación de excepciones a otros derechos exclusivos.....	124
5. Recientes desarrollos: tratados de Beijing y Marrakech	133

CAPÍTULO V

**LA INCORPORACIÓN DEL TEST A LOS ORDENAMIENTOS
COMUNITARIOS Y NACIONALES**

1. Planteamiento	141
2. El test en la normativa europea	142
A) Las directivas armonizadoras de la Unión Europea	142
B) La adopción del test en los países con tradición de “ <i>droit d’auteur</i> ” ..	145
C) La invisible presencia del test en los ordenamientos de tradición alemana	151

	PÁG
D) La influencia del test y el “fair dealing” en los ordenamientos derivados del copyright	154
3. La adopción del test en los ordenamientos latinoamericanos	156
A) El test en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)	157
B) La mínima presencia del test en los países del Mercosur	162
C) La reciente incorporación del test en los países de Centroamérica y el Caribe	165
4. Las múltiples funciones del test en el derecho comparado	168
5. Recapitulación	174

CAPÍTULO VI

LA RAZÓN DE LA REGLA: LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA RAZONABILIDAD PARA INTERPRETAR EL “THREE-STEP TEST”

1. El contexto de las interpretaciones dadas al test	177
2. El test como lugar de encuentro de distintas tradiciones jurídicas	183
3. Entre la flexibilidad y la seguridad jurídica: La utilización del “ <i>fair use</i> ” estadounidense en la interpretación del “ <i>three-step test</i> ”	188
4. Más allá de los mitos y temores: la real dimensión del <i>fair use</i> como mecanismo de razonabilidad	195
A) Primer criterio: propósito y carácter del uso	195
B) Segundo criterio: naturaleza de la obra protegida	196
C) Tercer criterio: cantidad y sustancialidad de la porción utilizada respecto de la obra protegida como un todo	197
D) Efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida	197
E) El “ <i>fair use</i> ” desde el análisis económico del derecho	199
F) Síntesis: contribuciones del “ <i>fair use</i> ” al entendimiento al análisis del factor económico del “ <i>three-step test</i> ”	201
5. La razonabilidad en el sistema latino germánico y su ejercicio en el derecho de autor	202
6. Nueva mirada al test desde la perspectiva del bien común y la armonización de los derechos	208

CAPÍTULO VII

PASO A PASO: UN ESTUDIO CRÍTICO SOBRE LA FORMA COMO HAN SIDO INTEPRETADAS LAS CONDICIONES DEL TEST

1. La certeza requerida en la determinación de excepciones y limitaciones al derecho de autor	213
2. Sobre la necesidad de sustentar las excepciones y limitaciones en consideraciones normativas o de política pública	217

	PÁG
3. El alcance de la expresión “explotación normal” y la introducción de los criterios “empírico” y “normativo” en su interpretación.....	224
4. El debate sobre el enfoque normativo del segundo criterio	230
5. Las inciertas interpretaciones judiciales sobre el alcance del segundo paso	236
6. Unas palabras finales sobre el enfoque normativo del segundo paso.....	244
7. La tercera condición y la consideración de “intereses legítimos”	245
8. Cuándo se encuentra (in)justificado un perjuicio a los intereses protegidos	251
Conclusiones	261
Bibliografía.....	267
Índice de autores.....	283

AGRADECIMIENTOS

Una idea fundamental y recurrente en esta tesis doctoral es la del acervo común, que supone que en toda labor de creación intelectual se utilizan elementos que provienen de un activo universal (talentos, ideas, conocimientos, memoria, habilidades transmitidas, etc.) y que sus resultados también lo acrecientan. Así, tanto autor como sociedad fungen como beneficiarios y tributarios en la dinámica de aprehensión, transformación y divulgación de conocimiento. Este trabajo no es la excepción y, aunque yo lo suscribo como autor, no hubiera sido posible sin el concurso de muchos esfuerzos y la contribución de un sinnúmero de personas.

En primer lugar, debo agradecer a mi director, Guillermo Cabanellas, quien desde el principio estuvo amablemente dispuesto a guiarme por los intrincados caminos que han de recorrerse en toda investigación doctoral. Por una razón similar, agradezco a Andrés Sánchez Herrero, Director del Doctorado, en la Universidad Austral, quien además me apoyó con sus acertados y prácticos consejos metodológicos. Mención especial merecen Juan Cianciar- do y Pilar Zambrano, quienes no sólo me han honrado con su valiosa amistad y ayuda en las estancias de investigación, sino también con sus luces y observaciones sobre importantes apartes de la tesis, particularmente aquellos con mayor contenido filosófico y de fundamentación. No puedo dejar de lado el apoyo recibido de Fernando Toller y Gustavo Schötz, así como el acompañamiento y aliento constante de Romina Pittondo.

Este trabajo no hubiera podido ser concluido sin el decidido respaldo de la Universidad de La Sabana, particularmente de su Rector, Obdulio Velásquez, y del entonces Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Álvaro Mendoza Ramírez, de quienes recibí su voto de confianza y el soporte necesario para compaginar mi investigación doctoral con la docencia y las labores de dirección que se me han encomendado. Gracias a La Sabana, tuve la oportunidad de alimentarme de las más ricas tradiciones jurídicas —y escribir a partir de ellas— en mis estancias en Argentina (Universidad Austral), Estados Unidos (American University), Alemania (Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia) y España (Universidad de Navarra). Mi agradecimiento a la Universidad de La Sabana se extiende a las demás personas que contribuyeron, muchas veces de manera silenciosa, a la culminación de este proceso doctoral, como mis queridos colegas de la Facultad y el personal de apoyo de la Biblioteca, en cuyo maravilloso espacio del cuarto piso desarrollé ideas fundamentales de este trabajo.

En todo caso, esta tesis, más que un trabajo escrito, es el resultado de un gran proyecto familiar, muy difícil de lograr apoyados únicamente en nuestros

humanos y limitados esfuerzos, pero alcanzable con la ayuda de Aquél que todo lo puede, valiéndose de sus instrumentos más cercanos. Tanto de mis padres como de mis suegros recibimos un constante apoyo para que mi esposa y yo pudiéramos sacar adelante nuestros estudios doctorales, sin sacrificar la rica y atareada vida familiar que supone un hogar con cinco hijas. Para ello, no dudaron en acompañarnos en buena parte de nuestras estancias en el exterior, con el propósito de ayudarnos en el cuidado de las niñas mientras nos encerrábamos en las bibliotecas para avanzar en nuestras investigaciones. Ese mismo apoyo lo recibimos durante nuestras largas jornadas de trabajo en los periodos vacacionales, cuando nos vimos en la necesidad de avanzar en la redacción de nuestras respectivas tesis. Esta tesis pertenece entonces a mi padre, Luis Enrique, de quién recibí su apoyo aquí en la tierra y, más adelante, desde el Cielo, después de su prematura partida en 2011. También pertenece a mi madre, Hilda María, nuestra permanente compañera de estancias doctorales y cariñosa guardiana de las niñas. Y por supuesto, pertenece a mi suegra, Marina —ejemplo de trabajo y dedicación— y a mi suegro, Bernardo, quien derramó lágrimas de emoción cuando le mostré la versión final de este trabajo, tres semanas antes de su muerte en febrero de 2014.

Por supuesto, no hubiera podido concluir esta tesis —creo que ni aún iniciarla— sin la amorosa compañía de mi queridísima esposa, María Carmelina, quien además de darme ejemplo de esfuerzo y perseverancia, me ayudó con sus perspicaces observaciones y recomendaciones en el desarrollo de mi investigación y con quien también debatí importantes cuestiones de su tesis y de la mía. Además de mi compañera de vida, fue mi mejor compañera de investigación. Su constante inspiración, así como la de nuestras hijas María José, Ana Lucía, Angela María, Mariapaz y Luisa Fernanda, me llevan a pensar que escribimos dos tesis pero logramos un doctorado más relevante: el de nuestro acervo común de familia y amor.

INTRODUCCIÓN

De igual forma que toda persona necesita de los demás para lograr sus propios fines¹, ya que no se basta a sí misma², el derecho de autor, como cualquier otra institución jurídica, sólo puede existir y entenderse en un contexto social. En consecuencia, aun cuando el régimen autoralista se centre en la persona del creador —y del titular derivado o subsecuente— su alcance no se puede limitar a la protección de unos bienes eminentemente individuales —derechos patrimoniales y morales—, sino que, además, debe contemplar la manera como esos bienes originan relaciones jurídicas con otros actores sociales que, aunque inicialmente deudores, también pueden llegar a ser acreedores en estos vínculos de justicia. Y así como toda sociedad tiene por fin la consecución del bien común mediante la satisfacción ordenada de distintas clases de bienes, el derecho de autor —en cuanto inscrito en la sociedad— debe contribuir a ese bien común mediante la adecuada protección y promoción de los valores básicos sobre los que se construye.

Esta cuestión ha sido estudiada en el último medio siglo bajo distintas denominaciones, principalmente la de “interés público”³, y ha repercutido en el debate sobre los límites que le corresponden a los derechos de los autores y de los titulares subsecuentes. Sin embargo, el

¹ Se utilizan en este trabajo categorías conceptuales aristotélico-tomistas, en particular, la interpretación que han hecho de ellas JOHN FINNIS y JAVIER HERVADA. De manera especial, se hace referencia al concepto de tendencias o inclinaciones desarrollado por TOMÁS DE AQUINO y HERVADA, y al de bienes humanos básicos de FINNIS.

² Cfr. R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 166. El autor sustenta esta afirmación en el principio aristotélico del hombre como animal social o político y en la expresión que acuñó TOMÁS DE AQUINO de que “el hombre necesita que le ayuden los demás para conseguir su propio fin”.

³ Un completo estudio sobre la estrecha relación entre el derecho de autor y el interés público se puede encontrar en la obra de DAVIES que se seguirá citando en este trabajo: G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2002, *passim*. Ver, asimismo: H. COHEN JEHOAM, “Restrictions on Copyright and their Abuse”, *European Intellectual Property Law Review*, 2005, págs. 359-364, esp. 359; K. J. KOELMAN, “Fixing the Three-Step Test”, *European Intellectual Property Review*, núm. 8, 2006, págs. 407-412, esp. 408.

concepto de interés público pareciera ser insuficiente en la medida en que se le identifique con interés general y opuesto a los intereses individuales que debería abarcar⁴. En efecto, el concepto de interés general se refiere más al interés de la colectividad objetivamente considerada, el cual se considera que prevalece sobre los derechos individuales que lo componen que, a su vez, pueden ser sacrificados para proteger aquél. Dicho concepto difiere del de bien común porque éste supone la conjunción de los intereses o bienes de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, encaminados todos ellos hacia un fin que les es común.

El concepto de bien común es fundamental a la hora de determinar los límites y las exigencias a las que se encuentran sujetos los derechos e intereses de los distintos actores que confluyen en el derecho de autor: autores, industria y usuarios. De hecho, varios de ellos alegan razones superiores, de interés público o de bien común, cuando se trata de defender su posición en el entramado de relaciones jurídicas que se gestan con ocasión de la explotación y uso de las obras protegidas. Por lo anterior, se hace necesario ahondar en este concepto y en la forma como el derecho de autor se inscribe en éste, de manera que se pueda establecer mejor su papel en la definición del alcance de los intereses que confluyen en el régimen jurídico estudiado.

Sobre el particular, FINNIS afirma que el bien común puede ser entendido desde tres perspectivas distintas⁵, a saber: (i) cada uno de los bienes humanos básicos, en cuanto ellos son buenos para todas las personas —en el caso de autores, titulares y usuarios se pueden considerar los siguientes, según se verá en el Capítulo II: conocimiento y búsqueda de la verdad, trabajo, juego y experiencia estética⁶—, (ii) la participación de cada una de esas personas en dichos bienes humanos básicos y, (iii) el conjunto de condiciones para alcanzar estos bienes. En la práctica, aunque defensores y detractores del derecho de autor justifican sus posiciones en la consecución de estos bienes y en la manera como se pueden lograr, al respaldar sus reivindicaciones desde distintas posiciones dentro del

⁴ VÁSQUEZ utiliza los términos “interés legítimo” e “interés público”, pero afirma que esas nociones están estrechamente relacionados con la política nacional y la “idiosincrasia local” por lo que algo considerado interés público en un país puede no serlo en otro: V. VÁSQUEZ, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI” en C. ROGEL VIDE (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Madrid, Reus, 2006, págs. 295-308.

⁵ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2011, págs. 154-156.

⁶ Sobre estos bienes e inclinaciones ver: *ibid.* 59-99; J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, Pamplona, Eunsa, 2002, págs. 176-177.

mismo liberalismo, cierran la puerta a consideraciones de bien común que impedirían la polarización del debate y el conflictivismo de derechos⁷.

En lo que se refiere al conocimiento como bien humano de primer orden, desde la expedición de las iniciales normas sobre *copyright* y derecho de autor, se sustentaron en motivos de utilidad los derechos exclusivos atribuidos a este, en el entendido que, con la concesión de estos, se estarían otorgando incentivos para la promoción y difusión del conocimiento en la sociedad. Sin embargo, ha sido ampliamente discutida la forma como se pueden conseguir estos fines. Por un lado, los defensores del derecho de autor consideran que un mayor conocimiento es consecuencia de la producción de una mayor cantidad de obras y que ello sólo es posible cuando existe un marco jurídico que otorgue una debida protección al autor y a sus creaciones. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico protector debe interpretarse de manera extensiva y preferente a favor del autor, y de forma restringida y limitada en relación con todas las demás personas que pretendan tener acceso a la obra. En particular, se sostiene que unos derechos más fuertes a favor del autor redundarán en un mayor estímulo para la creación de obras, mientras que su limitación a favor de terceros implicará un desincentivo a su labor creadora y, por tanto, a la generación de conocimiento⁸.

Por otro lado, los críticos de los sistemas de derecho de autor propugnan una significativa limitación de los derechos exclusivos de los autores y una mayor o total libertad de utilización de sus creaciones,

⁷ Esta expresión se le atribuye a CIANCIARDO, quien afirma que “(...) no es posible hablar de conflictos iusfundamentales. Los derechos, como objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros. La convergencia de intereses contradictorios sobre el mismo objeto no invalida la afirmación anterior, porque los intereses, las aspiraciones, no son *per se* derecho, y porque la sociabilidad forma parte de la naturaleza humana. Cada derecho no es anti-social, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias —básicas, en el caso de los derechos fundamentales— de las demás personas.” J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, págs. 369-370. Por su parte, SERNA y TOLLER consideran que, en realidad, no existen los conflictos de derechos, sino de pretensiones e intereses individuales. Los derechos nacen en armonía y adecuados entre sí, atendiendo el bien de comunidad en la que se encuentran sus titulares. Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, 37-39.

⁸ Cfr. STOWEL desarrolla con amplitud esta justificación basada en el estímulo personal al autor y su eficacia económica e influencia en el mercado. A. STOWEL, *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences*, Bruselas -París, Bruylant - LGDJ, 1993, págs. 173 y ss.; M. VIVANT, “Le droit d'auteur, un droit de l'homme?”, *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 174 (1997), págs. 60, 69 y nota 10.

permitiendo así una amplia difusión del conocimiento. Esta posición está usualmente soportada en la prevalencia de los derechos fundamentales a la educación, a la información y a la libre expresión, entre otros⁹. En los últimos años, también se han ubicado en esta orilla de la discusión aquellos que buscan el reconocimiento de otros derechos “fundamentales” como el acceso al conocimiento —*access to knowledge* o A2K, por su denominación y siglas en inglés— y el acceso a Internet¹⁰. Para todos ellos, el “conocimiento libre” se constituye en un poderoso motor de saber y transmisor de cultura, por lo que bajo esta concepción se alcanzarían mejor los fines de las sociedades democráticas, en cuanto más personas accederían a más fuentes de conocimiento y, en esa medida, habría más creadores y creaciones¹¹.

En todo caso, una de las causas por las cuales los defensores y detractores de los sistemas de derechos de autor no han logrado un acuerdo sobre los mejores medios para promover el conocimiento es la multiplicidad de intereses adicionales y contrapuestos de los actores involucrados, y su falta de referencia a un bien común. En efecto, por más que se arguyan motivos de interés público en la protección de los derechos de los autores y de los titulares o en la mayor limitación de dichos derechos, si en los distintos miembros de la sociedad no se verifica la propia consecución de los bienes singulares relacionados (conocimiento, verdad, trabajo, juego, experiencia estética, etc.) no se lograría el bien común, como tampoco alcanzarían realmente esos bienes singulares si para su obtención no se ha buscado el bien común, sino la afirmación absoluta de sus propios intereses, olvidando que entre dos bienes auténticos no puede existir oposición¹². En suma, la discusión entre promotores y opositores de un derecho de autor menos limitado, entre enemigos y amigos de una mayor libertad en la utilización de obras y creaciones, se torna insalvable cuando ella se sustenta en el supuesto carácter

⁹ Ver, por ejemplo, la descripción de los extremismos del *copyright* que hace LESSIG: L. LESSIG, “The Creative Commons”, *Montana Law Review* 65, 2004, págs. 1, 10.

¹⁰ Ver reporte presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por FRANK LA RUE, relator para la promoción de la libertad de expresión y de opinión, 16 de mayo de 2011.

¹¹ VIVANT menciona y califica de poco serias estas posiciones que verían con buenos ojos la desaparición del derecho de autor, entendido como un obstáculo para el libre desarrollo del conocimiento: M. VIVANT, “Le droit d’auteur, un droit de l’homme?”, pág. 69 y nota 12.

¹² Por todos, ver: R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, cit., pág. 169. El autor retoma conceptos de la filosofía aristotélico-tomista para afirmar la imposibilidad de obstrucción entre dos bienes, cuando ellos son verdaderos y parte del bien común.

absoluto¹³ de los derechos e intereses que cada uno pretende defender. El debate, así planteado, deja de ser jurídico y racional y se transforma en mediático y visceral¹⁴.

En el trasfondo de este debate se evidencia, bajo el rótulo de “interés público”, la preocupación común por conseguir, aumentar y difundir el conocimiento en la mayor proporción posible. Sin embargo, las posturas en cuestión difieren en cuanto a los medios que se requieren para lograr este fin y, al calificar a estos medios como derechos absolutos, dificultan su final consecución¹⁵. Para resolver esta cuestión, se requiere de un acuerdo básico sobre los intereses y valores que comúnmente se quieren conseguir con un régimen autoral más o menos estricto, con unas libertades de información, expresión, etc., más o menos amplias. Es preciso definir el contenido del bien común relacionado con estos derechos e intereses y la forma como él puede ser obtenido¹⁶. Así, en la medida

¹³ El que los derechos e intereses involucrados en este debate se encuentren soportados en bienes humanos básicos no significa que ellos, por sí mismos, sean bienes humanos básicos. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no debe existir ninguna preferencia arbitraria entre valores o bienes humanos básicos. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, págs. 105-106.

¹⁴ En la línea de pensamiento de CRUZ PRADOS, se puede criticar esta clase de posturas como típicamente liberales individualistas, que terminan convirtiendo un problema práctico en un verdadero conflicto de derechos, otorgando mayor importancia al interés de cada cual, que a los fines comunes hacia los cuales deberían estar encaminados. Cfr. A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 2ª. ed., Pamplona, Euns, 2006, págs. 108-109.

¹⁵ Para WRIGHT, el concepto de interés público incorpora una contradicción que tiende a polarizar el debate. Por un lado, se considera que el interés público se sirve mejor protegiendo los intereses de los autores y titulares para estimular la producción de obras, mientras que por el otro, se considera que las limitaciones a tales derechos a favor de un mayor acceso al conocimiento por parte de la sociedad favorece dicho interés público: R. WRIGHT, “The “Three-Step Test” and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation”, *Journal of World Intellectual Property* 12, núm. 6, 2009, págs. 600–621, esp. 600.

¹⁶ Sin la definición de un *ethos* común en materia de propiedad intelectual, no será posible definir qué postura y qué acción es racional. Sobre este tema, CRUZ PRADOS afirma: “Para que quepa racionalidad práctica, es preciso la previa definición del *ethos* común, de lo que estamos haciendo juntos. Frente al normativismo, hay que afirmar que la definición del *ethos* precede y es condición de la formulación de las normas (...) El *ethos* no es una trama normativa, ni se constituye por suma de normas. Es algo que estamos haciendo, una praxis común; una forma real y concreta —y más o menos abaricante—, de actividad compartida, de vida común. Las normas, como auténticas reglas prácticas, sólo pueden surgir a partir de aquello en lo que consista el *ethos*”. A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, pág. 111.

que se logre una mayor identidad de pretensiones relativas a la creación y aprovechamiento de las obras, se obtendrá un vínculo unificador más fuerte y aumentará la probabilidad de satisfacer esas aspiraciones compartidas redundando en beneficio de unos y otros.

Un acuerdo sobre este particular debe partir del entendimiento sobre el fin que se quiere lograr en conjunto y la manera como el derecho de autor y sus limitaciones pueden contribuir al bienestar integral de la sociedad, acrecentando y transformando lo que los distintos actores hagan individualmente, perfeccionando y conjugando sus fuerzas singulares de forma que los bienes que genera la creación y el disfrute de obras sean participados, a toda la comunidad, en el máximo grado posible. Sin embargo, no es posible aquí, como tampoco es el propósito de este escrito, definir los elementos particulares y detallados de lo que debe ser el bien común por el que debe propender todo régimen autoralista. Y esto porque el bien común es esencialmente un orden dinámico, en el que cada integrante debe contar con los medios necesarios para satisfacer sus propios fines y, al mismo tiempo, contribuir con su esfuerzo y participar de las conquistas de la colaboración común¹⁷. Por ello, no es dable afirmar que el contenido del bien común referido a la creación y disfrute de obras es el mismo hoy, en pleno furor de la denominada sociedad de la información, que el que se pudiera haber buscado en la época de la reina Ana o de la Revolución francesa. Cada tiempo histórico ha tenido diversos retos sociales y otorga mayor relevancia a determinados bienes que forman parte del bien común, de ahí que varíe en el tiempo y que la misma historia lo afecte¹⁸.

En suma, el bien común supone, en el caso del derecho de autor, la ordenación de los distintos bienes individuales hacia un fin común para todos los actores involucrados¹⁹, por ejemplo, una justa retribución al trabajo realizado por el autor, el reconocimiento de la autoría de una obra

¹⁷ Cfr. Prólogo de RODOLFO VIGO al libro de ALFONSO SANTIAGO sobre el bien común y el derecho constitucional. En el mismo libro, el autor manifiesta que “[e]l bien común ha de ser personalista y solidario, personalista por estar basado en la dignidad de cada persona y concebido para satisfacer sus necesidades de plenitud. Solidario porque la persona tiene vocación no sólo a vivir con el otro sino para el otro. Todos deben estar comprometidos con su logro y todos deben participar de sus beneficios” y que “[e]l bien común es de modo análogo, un deporte grupal en el que el triunfo o la derrota es a la vez del equipo y de cada uno de sus integrantes, más allá de la actuación que haya tenido”. A. SANTIAGO, *Bien común y derecho constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, págs. 12, 24 y 96, respectivamente.

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, pág. 112.

¹⁹ Sobre el particular, VIGO afirma que “son los mismos miembros de la comunidad, a través de sus diferenciados talentos y funciones los encargados de forjar y de

o la posibilidad de acceder a la obra y usarla en condiciones equitativas, esto es, pagando un precio razonable o disfrutándola sin pago, según dicten las circunstancias particulares. El bien común es integral y armonizador, debe ayudar a que se realicen plenamente las distintas facetas de la vida humana, por lo que, en el caso del derecho de autor, debe abarcar y procurar la efectividad de derechos tan, aparentemente, disímiles como la cultura y la propiedad, la libertad de expresión y la honra. Y respecto a cada uno de ellos, atendiendo las específicas circunstancias históricas y sociales, el bien común influirá para que la obtención de los bienes relacionados sea perfecta y gradual, de unos bienes básicos, a unos intermedios, a otros más elevados. Así, el sistema de derecho de autor deberá contribuir a pasar de un nivel básico de educación a garantizar un desarrollo tecnológico más avanzado²⁰, de estimular la creación de ciertas obras a incentivar, mediante políticas más ambiciosas y comprehensivas, la producción y disfrute masivo de las creaciones intelectuales.

* * *

Dentro de los mecanismos que pueden contribuir a lograr el bien común —en una sociedad dinámica como la actual y a partir de la armonización del derecho de autor y de sus excepciones— sobresale el denominado “*three-step test*” o “regla de los tres pasos”²¹, por la forma amplia como se ha incorporado en los principales instrumentos internacionales y en los respectivos ordenamientos comunitarios y nacionales, así como por su creciente utilización por jueces y tribunales. Aunque creada hace más de cuarenta años, la regla ha crecido en importancia en los últimos tres lustros, desde que se le comenzó a usar como respuesta al abuso de las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital. Después de haber estado circunscrita a las excepciones al derecho de reproducción, su ámbito de aplicación se ha extendido a las limitaciones

usufructuar el bien común, además de lograr sus respectivos bienes individuales”. R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, cit., pág. 169.

²⁰ Esta idea está basada en la que propone, de manera más general, SANTIAGO en. A. SANTIAGO, *Bien común y derecho constitucional*, pág. 116.

²¹ Esta es la traducción al castellano más utilizada de “*three-step test*”. El término fue acuñado por la doctrina para referirse a la prueba que, a partir de la revisión de Estocolmo de 1967, según se estudiará más adelante, debían superar las nuevas excepciones que establecieran los miembros del Convenio de Berna, en sus normativas nacionales, respecto del derecho de reproducción. Otras traducciones del término han sido, entre otras: “prueba de los tres pasos”, “prueba de las tres etapas”, “regla de las tres etapas”, “regla de las tres fases”, “las tres condiciones acumulativas”.

de los demás derechos patrimoniales, y ha sido particularmente utilizada en aquellos casos en los que los proveedores y usuarios de nuevas tecnologías de información han desafiado el otrora pacífico sistema de derecho de autor.

Sin embargo, a diferencia de otros mecanismos de valoración y adecuación de derechos en aparente conflicto, la fórmula de la regla nació sin un referente jurídico previo, que ayudara a determinar sus contornos con claridad. Ante esta carencia de sustancia y genealogía, la regla ha venido siendo interpretada y empleada de manera bien diversa —incluso contradictoria— por las autoridades a quienes les ha correspondido dictar normas o tomar decisiones en relación con la legitimidad de ciertas excepciones en el contexto digital.

Al indagar por las razones de la inconsistente aplicación de la regla, es posible plantear una hipótesis de acuerdo con la cual el “*three-step test*” no es, en estricto sentido, una regla sino, más bien, un sistema de principios que no han sido claramente definidos y enraizados en fundamentos jurídicos anteriores. Surge la necesidad, por lo tanto, de identificar los principios en los que se encuentra sustentada la regla o —mejor, para no dar lugar a confusiones— “el test” y cada uno de sus pasos, de manera tal que éste pueda ser razonablemente interpretado y utilizado. Para cumplir con este cometido es preciso desentrañar la naturaleza jurídica del test mediante el examen juicioso de sus orígenes y de los principios que subyacen en los distintos sistemas de protección del derecho de autor que lo han consagrado.

Así las cosas, y con el objetivo de un ejercicio razonable del “*three-step test*” como mecanismo de valoración del derecho del autor y sus limitaciones en el marco del bien común, se debe iniciar por responder *quid ius auctore*, qué es el derecho del autor. Preguntar por el *quid* implica indagar por la esencia misma de aquello que le es debido al creador de una obra y por el título que da origen a tal deuda. Esta cuestión adquiere especial relevancia cuando se considera que la teoría del derecho de autor se construyó sobre el desacuerdo de los estudiosos que han querido ver la justificación de este derecho bien en el argumento de la “justa recompensa por el trabajo hecho” esgrimido por LOCKE y su relación con el Derecho natural, bien en las tesis utilitaristas que quedaron plasmadas en las normas que dieron origen al *copyright* a uno y otro lado del Atlántico, o bien en proposiciones de derechos de la personalidad —planteadas por filósofos como KANT y HEGEL— que permearon la génesis y desarrollo del sistema latino-germánico de derecho de autor²².

²² Más adelante se explicarán con mayor detalle los planteamientos de los filósofos mencionados además de que se presentará una breve explicación de los sistemas

La respuesta sobre el *quid* permitirá establecer si el derecho de un autor puede calificarse como de “propiedad”, o si —por el contrario o adicionalmente— se trata de un derecho intelectual *sui generis*, de un derecho humano o de una categoría no comprendida en las anteriores. Una respuesta completa supondrá la identificación de su titular y de los correspondientes obligados, del contenido de eso que es debido, incluyendo facultades, fronteras y exclusiones, y de los fines para los cuales ha sido reconocido tal derecho. Por supuesto, una respuesta comprehensiva tenderá a ser compleja si se toma en cuenta la pluralidad de derechos, facultades o dimensiones —morales y patrimoniales— englobados en el concepto singular de derecho de autor. En fin, la pregunta por el *quid* debe superar lo meramente semántico y ser respondida desde lo ontológico y lo teleológico²³.

Sin embargo, la pregunta por el *quid* no se agota en lo que es debido al autor por el hecho de su creación. En la práctica, el derecho de autor termina siendo exigido y disfrutado por titulares distintos del autor la mayoría de las veces. Y si uno era el título que daba origen al derecho del autor, seguramente otro distinto será el que sustente el del titular posterior o derivado. Aunque en la literatura autoralista se suela obviar esta cuestión, lo cierto es que la naturaleza del derecho de autor se transforma cuando éste es cedido a una persona distinta que no podrá ejercer sino determinados derechos patrimoniales —no morales—, máxime si se trata una persona jurídica. Nuevamente, será necesario identificar los aspectos indicados arriba —desde similares categorías *iusfilosóficas*— y establecer el porqué de la transformación de naturaleza, que habrá de estar relacionado con el cambio en la finalidad del derecho.

de *copyright* y latino germánico de derecho de autor. Baste aclarar por ahora que se utilizará el término *copyright* para referirse al sistema de protección de las obras y sus titulares, característico de los países con una tradición de *common law*; el “latino germánico de derecho de autor” (o, simplemente, “latino germánico”) cuando se trate del sistema de protección más centrado en la persona del autor, propio de los países tributarios de la tradición del Derecho civil o continental y, finalmente, el de “derecho de autor”, sin más calificaciones, cuando se hable indistintamente de los dos sistemas mencionados, aludiendo a sus elementos comunes, tal como se presenta actualmente en el ordenamiento internacional.

²³ En línea con lo expresado por COTTA, ZAMBRANO y otros autores sobre el Derecho en general, el interrogante por el “qué” del derecho de autor debe llevarnos a indagar también sobre el “para qué”, que nos ubica en el plano teleológico, y que puede ser respondido desde lo ontológico y lo existencial. Ver, por ejemplo: S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, (trad. I. PEIDRÓ PASTOR), Pamplona, Eunsa, 1987, págs. 16 y ss.; P. ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, págs. 68-70.

Una vez delimitada la naturaleza jurídica del derecho del autor y la del titular, corresponderá definir la de sus excepciones y limitaciones, en el entendido que la claridad sobre este asunto ayudará a precisar los puntos en tensión entre unos y otras. Al auscultar la esencia de las excepciones y limitaciones, se encontrarán corrientes que las han calificado como simples intereses, con las que las consideran privilegios y con las que las elevan a la categoría de derechos. Al respecto, tendremos que examinar si, por el hecho de que tales excepciones permitan el ejercicio de ciertos derechos fundamentales en circunstancias en que parecerían estar limitados por el derecho de autor, significa que ellas mismas participan de la naturaleza de los derechos implicados. De igual forma, habremos de considerar los bienes y valores básicos en los que se sustenta el derecho de autor como verdaderos justificantes de las excepciones y limitaciones, en línea con lo expresado por distintas corrientes filosóficas sobre la propiedad y la necesidad de que su utilización beneficie a todos los miembros de la comunidad.

La dilucidación de la naturaleza jurídica de los derechos del autor y del titular, y de sus excepciones y limitaciones, debería bastar para crear un marco que permitiera tomar decisiones adecuadas en casos en los que se pone de presente la tensión de aquellos y estas. Sin embargo, según se anotó atrás, la forma como se ha interpretado el juicio que se propuso en la normativa internacional para el esclarecimiento de estas situaciones —el “*three-step test*” — proyecta más sombras que luces, haciéndose necesaria la exploración de sus fundamentos con el fin de entender la manera en que debe interpretarse o, usando la metáfora que GOLDSTEIN aplicó al *fair use*, encontrar la forma como los distintos factores interactúan de manera que se pueda presenciar, al menos por un momento, el funcionamiento real del test, tal como se vería el movimiento interno de un reloj²⁴. La comprensión de la “mecánica” del test permitirá valorar mejor la legitimidad y corrección de las decisiones particulares en las que él se ha empleado y generar pautas para su utilización hacia el futuro.

El desarrollo de las cuestiones mencionadas se distribuye de la siguiente manera en la estructura de este trabajo:

El Capítulo I estará destinado a indagar sobre la forma como, históricamente, tanto en la teoría como en la práctica —tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia—, se ha intentado delinear la naturaleza del derecho de autor. No se pretende con ello hacer historia del derecho, lo cual exigiría una metodología particular y una contextualización especial, simplemente plantear los principales problemas

²⁴ Cfr. P. GOLDSTEIN, “Fair use in context”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, núm. 31, 2008, págs. 433, 434.

que han sido objeto de discusión desde que surgieron los regímenes de protección del autor y de sus obras, tal como hoy se conocen.

En el Capítulo II se hará una aproximación filosófica a los problemas concretos del derecho de autor centrando el análisis inicialmente en la persona del autor y en el proceso de “creación” de la obra, para continuar después con una revisión de las facultades —patrimoniales y morales— que especifican dicho derecho y de su caracterización como derecho humano. Finalmente, se presentarán algunas anotaciones sobre la naturaleza del derecho del titular derivado, en el entendido que ella difiere de la del autor individualmente considerado.

El Capítulo III iniciará con un análisis de la justificación de las excepciones y limitaciones, a partir de la reconsideración de las categorías liberales individualistas sobre las cuales se han construido los sistemas autorales. Luego, se revisarán y criticarán las instituciones jurídicas —“interés” y “*privilege*”— utilizadas para caracterizar las excepciones y limitaciones en el *copyright* y en el sistema latino-germánico. Por último, se propondrá una nueva perspectiva que entrañará la necesidad de conjugar los distintos intereses que convergen en el derecho de autor, todo ello dentro del marco del bien común que debe ser buscado por un sistema protector de estas características.

El Capítulo IV se dedicará a examinar la génesis y el devenir del test en el ámbito internacional, desde su adopción en el Convenio de Berna, pasando por las nuevas versiones consagradas en el ADPIC y el TODA, hasta su más reciente inclusión en los Tratados de Beijing y Marrakech. Como complemento de lo anterior, en el Capítulo V se presentarán, bajo una perspectiva de derecho comparado, los principales desarrollos normativos comunitarios y nacionales referentes a la implantación del “*three-step test*” en jurisdicciones de los cinco continentes.

El Capítulo VI propondrá la introducción de criterios de razonabilidad en la interpretación del “*three-step test*”. Para ello comenzará con una descripción del marco jurídico e histórico en el que se ha interpretado el test desde su inicial adopción en 1967 hasta la actualidad y continuará con el examen de la naturaleza del test como un fenómeno de “fertilización cruzada” o lugar de encuentro de las distintas tradiciones jurídicas protectoras de las creaciones intelectuales. Lo anterior implicará una revisión de los juicios de razonabilidad existentes en los sistemas jurídicos mencionados, particularmente del *fair use* estadounidense y del juicio de proporcionalidad del derecho alemán. Con fundamento en lo anterior, se propondrá una nueva mirada al test desde la perspectiva del bien común y la armonización de los derechos.

Para concluir, en el Capítulo VII se hará un estudio crítico, paso por paso, de la forma como han sido interpretadas, en la jurisprudencia y en la doctrina, las distintas condiciones del test. Para el efecto, se resaltarán los principales puntos de debate y se propondrán alternativas razonables de solución con fundamento en los principios identificados en los capítulos anteriores.